

QUAL É EXATAMENTE O OBJETIVO DE SE PUNIR OS CRIMES CONTRA A HUMANIDADE?*

JEAN-CHRISTOPHE MERLE**

1) A especificidade dos crimes contra a humanidade

A noção de crime contra a humanidade tem dois aspectos relevantes. Por um lado, ela pretendeu ser o remédio para lacunas no sistema legal internacional. Por outro lado, ela instituiu um novo tipo de crime, isto é, um tipo de crime que requer características ausentes em qualquer outro tipo de crime.

A *primeira* lacuna que a noção de crime contra a humanidade pretendeu preencher foi a ausência, no sistema legal internacional, de qualquer possibilidade de processar os crimes cometidos não apenas contra combatentes e contra a população civil do inimigo, mas também aqueles cometidos contra a própria população civil. Os crimes contra a humanidade ampliam a noção de crimes de guerra de modo a abranger novas categorias de pessoas. A *segunda* lacuna que se preencheu diz respeito à impossibilidade de aplicar essa ampliação do direito internacional humanitário ao crime já

* Versão modificada do original *Human rights and criminal justice*. Dordrecht: Kluwer Publisher. Conferência proferida no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG. Texto traduzido pelo Prof. Dr. Alexandre Travessoni Gomes.

** Professor Honorário da Universidade de Saarland em Saarbrücken (Alemanha) e Professor Titular da Universidade de Tours (França). Professor convidado permanente da Escola Superior Dom Helder Câmara (Belo Horizonte).

cometido. O tribunal de Nuremberg, encarregado de julgar todos os crimes de guerra e crimes contra a humanidade relacionados à Segunda Guerra Mundial, julgou crimes cometidos antes de sua criação. A criação dos crimes pelo estatuto constitutivo do tribunal quebrou, assim, o princípio *nulla poena sine lege*, em favor da aplicação de um direito natural mínimo em relação a questões internacionais. É interessante notar que a Corte Criminal Internacional (CCI) não contém essa retroatividade em seu estatuto, mas as legislações penais nacionais a contêm. A *terceira* lacuna está sendo fechada agora com a competência geograficamente e temporalmente ilimitada da CCI nos países que ratificaram seu estatuto. Essa competência é subsidiária, já que a CCI julga somente casos que as autoridades judiciárias nacionais não julgaram ou o fizeram de modo claramente inapropriado.

A definição de crime contra a humanidade parece se adequar perfeitamente a essa tarefa, por pelo menos três razões. *Primeiramente*, um tribunal criminal internacional, que não é de modo algum uma corte suprema, mas sim um tribunal de primeira (e última) instância, não poderia ter como objeto os crimes mais altos que já existem nos Estados nacionais. Isso não só porque a definição e o tratamento dos crimes mais graves são muito diferentes de um país para outro (é o caso, em muitos países, do homicídio: o *Mord* alemão, o homicídio de primeiro grau americano, e o *meurtre avec préméditation* francês são noções bem diferentes e são tratados de modos bem diferentes), mas também porque mesmo se o tratamento fosse o mesmo em todos os lugares, a análise de todos esses crimes por um tribunal internacional, mesmo de modo subsidiário, extrapolaria a capacidade de uma corte única, ainda que se pressupusesse que há em todo lugar o mesmo número de casos a serem analisados. Em *segundo lugar*, enquanto “ataques sistemáticos”, crimes contra a humanidade são crimes em série, isto é, são os crimes mais significantes de um ponto de vista quantitativo. Em *terceiro lugar*, esses “ataques sistemáticos” ocorrem, na maioria das vezes, ou em um Estado falido

ou em um Estado criminoso, ou seja, ou em um Estado que não pode impedir esses ataques ou em um Estado que os comete. Portanto, há uma necessidade especial para a intervenção subsidiária de uma instituição internacional. Resumindo, o conceito de crime contra a humanidade é útil como critério para selecionar os crimes mais severos e menos punidos, a fim de que sejam julgados internacionalmente. Pelo menos por essas mesmas razões, seria necessário existir uma nova categoria de crime, que já foi introduzida na legislação penal nacional como consequência do direito internacional. É o caso, por exemplo, do *Völkerstrgesetzbuch* (VStGB) alemão, e, na França, da lei 64-1326 de 26 de dezembro de 1964 e dos artigos 211-1 e 212-1 do Código Penal de 1994.

Nessa medida, a existência da noção de crime contra a humanidade como critério pragmático parece ser um passo necessário em direção à harmonização dos julgamentos criminais através do estabelecimento de um padrão global e de uma regra de prioridade adequada. Embora essas razões pragmáticas pareçam, a meu ver, justificar a existência de um tipo de crime específico, eu suspeito que algumas das características desse novo tipo de crime e a justificação dada para sua punição são ou mal-interpretadas ou inapropriadas.

Essas características são as seguintes:

(1) Crimes contra a humanidade são “ataques difundidos e sistemáticos” (CCI, art. 7(1)), cometidos “em perseguição ou em favorecimento de um Estado ou política organizacional” (art. 7(2)). Um criminoso individual que destrói uma cidade inteira por uma razão particular não comete, portanto, crime contra a humanidade. Os crimes contra a humanidade não são, diretamente, crimes contra as instituições como são, por exemplo, a alta traição, o abuso de poder, o suborno etc. Contudo, o crime contra a humanidade não é simplesmente uma violação ao Estado de Direito, mas um ataque contra as instituições políticas, dentre outras razões, porque ele

claramente pretende excluir, na maior medida possível, grupos inteiros da representação e da participação políticas, bem como impedi-los de qualquer acesso aos tribunais etc. Garapon qualifica isso como uma violação ao “*droit d’avoir des droits*” (direito de ter direitos),¹ o que eu não aceito, pois qualquer vítima de um homicídio comum perde definitivamente “o direito de ter direitos”, embora ela não seja vítima de um crime contra a humanidade. Os crimes contra a humanidade são crimes contra as instituições políticas básicas.

(2) Os crimes contra a humanidade abandonam a hierarquia usual do direito penal entre os crimes e entre as punições. Ao contrário de todos os códigos penais, crimes tão diferentes como homicídio, seqüestro, tortura e estupro são colocados no mesmo artigo 7 do estatuto da CCI. Segundo o artigo 26 (3), praticar, solicitar, facilitar ou até mesmo fornecer os meios para a sua prática são todos considerados como prática de crime contra a humanidade. As “penas aplicáveis”, como definido no artigo 77, são todas comuns. Nenhuma das duas opções para a principal parte da pena (prisão por um certo número de anos ou prisão perpétua) é de algum modo especificamente relacionada a uma das categorias do direito penal ordinário que mencionei acima. Pode-se perceber uma das conseqüências disso no caso de uma pessoa A cometer um crime solicitado por uma pessoa B, solicitação não equivalente à coação irresistível. O direito penal ordinário nem sempre deve punir a solicitação de um crime, mas apenas no caso de crimes graves, e, nesse caso, a punição é menor que a punição para a prática do crime. No estatuto da CCI, não é feita menção de uma punição menos severa. Ao contrário, o estatuto da CCI nada contém que proíba a hierarquização oposta. Na verdade, um líder político que ordena massacres de larga escala sem nunca ter ele próprio matado alguém pode ser sentenciado a uma punição mais severa que o

1 GARAPON, Antoine. *Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner*. Paris: Editions Odile Jacob, 2002, p.134.

soldado que executou suas ordens e que é declarado pela corte como não tendo agido sob coação irresistível.

(3) Os crimes contra a humanidade são imprescritíveis, ao passo que na maioria dos países mesmo os crimes mais graves prescrevem. Mesmo em países como a Alemanha, em que o *Mord* é imprescritível, a maioria dos crimes (estupro, seqüestro etc) incluídos no artigo 7 do estatuto da CCI prescrevem quando não são cometidos no contexto de um crime contra a humanidade. Antes de mais nada, quando a Alemanha decidiu tornar o *Mord* imprescritível, ela o fez precisamente a fim de não tornar impossível o julgamento de crimes contra a humanidade que ainda não eram parte do Código Penal. Se não fosse por essa razão, o *Mord* estaria sujeito à prescrição. Na Áustria, embora seja o *Mord* imprescritível, há uma diminuição considerável no *quantum* da punição se o caso é analisado após vinte anos (StGB 57 (1)).

(4) A imprescritibilidade é freqüentemente considerada como sendo moralmente justificável pela monstruosidade de todos os crimes contra a humanidade. Essa monstruosidade supostamente implica duas conseqüências. *Primeiro*, aqueles que cometem crimes contra a humanidade seriam monstros que merecem punição especial. *Segundo*, os crimes contra a humanidade devem permanecer inesquecíveis, já que a culpa é incomensurável. Portanto, a punição deve ter uma função expressiva, i.e., expressar a inextinguível e profunda repugnância da humanidade inteira. Sob esse ponto de vista, nenhuma punição se adequa ao crime contra a humanidade, embora punições especiais possam pelo menos expressar a culpa inextinguível dos criminosos. Considerar a monstruosidade e a inadequabilidade de todas as punições à culpa como justificação para a existência dos crimes contra a humanidade não implica somente a imprescritibilidade (ponto 3), mas também os pontos (1) e (2), interpretados, porém, de uma maneira especial. Na verdade, a ausência da hierarquia precisamente codificada das penas

e da culpa (ponto 2) é explicada nesse contexto como a manifestação do fato de que o crime é tão monstruoso, que está além de qualquer lei penal e de qualquer distinção quantitativa ou ordinal no que diz respeito à quantidade da culpa e da punição. Aqueles que explicam a especificidade dos crimes contra a humanidade através de sua monstruosidade não enfatizam (no que diz respeito ao ponto 1, i.e., sua significância política) o comprometimento das instituições durante a prática do crime, preferindo entendê-lo como um mal moral. O que eles enfatizam é a alegada incapacidade do criminoso em jamais pertencer novamente à comunidade política do Estado de Direito.

2) Uma concepção alternativa

Quero agora questionar a constelação formada por essas quatro características apresentadas como pertencentes à noção de crime contra a humanidade. Eu acredito que a primeira característica é verdadeira, assim como a segunda. Mas eu justifico a segunda de uma maneira completamente diferente, e rejeito a terceira e a quarta. Começarei minha análise das quatro características pela primeira.

Os crimes contra a humanidade são crimes contra as instituições políticas básicas dos Estados de Direito. Quero introduzir uma distinção que é essencial para a determinação da punição apropriada para esse crime: (á) o momento em que o crime está sendo praticado e (β) o momento posterior à sua prática.

(á) Encontramos na tradição do direito natural dois direitos que pretendem remediar a situação na qual um crime contra as instituições genuínas de uma comunidade política legítima está sendo praticado: tiranicídio e direito de resistência. Por definição, essa situação é aquela na qual o Estado de Direito não é reforçado, de modo que, por exemplo, nenhuma ação junto a um tribunal é possível. Portanto, tiranicídio e direito de resistência não podem ser codificados. A Lei Fundamental da Alemanha declara que “todos

os alemães têm o direito de resistir a alguém que possa tentar subverter a ordem constitucional, se não houver recurso possível contra isso” (GG §20). Contudo, pela razão mencionada, a lei não pode organizar o exercício desse direito de resistência. Ela não pertence ao direito penal, mas ao direito constitucional. Tiranicídio e direito de resistência não constituem punição ao tirano, mas somente uma excusa penal para aqueles que os exercem. Aqui, estamos analisando a punição dos crimes contra a humanidade.

Qual deveria ser então o objetivo de punir uma pessoa que está no poder e está cometendo um crime contra a humanidade? O propósito da punição parece ser, principalmente, ou o impedimento do criminoso, i.e, a retirada daquele que praticou o crime contra a humanidade do poder, ou a prevenção geral, i.e., prevenir que membros de governo estrangeiro cometam crimes contra a humanidade. Contudo, o julgamento sob a acusação de crime contra a humanidade, como definido não somente no direito internacional, mas também no direito interno com suas já mencionadas características, é, por um lado, um meio supérfluo ou inútil. É *supérfluo* quando é possível indiciar e remover do governo um membro ou o governo inteiro sob acusações que pertencem ao direito penal ordinário e o parlamento não é tão corrupto a ponto de tolerar ou apoiar os crimes cometidos pelo governo. É *inútil* quando os procedimentos de destituição ou impeachment não são previstos pela Constituição ou quando os membros criminosos do governo exercem um poder ou violência tais que ninguém ousará processá-los. Não só por razões de disfunções internas, mas também por razões de *imunidade* interna ou internacional, a persecução pode se tornar impossível. Membros de governos, membros de parlamentos, diplomatas etc, têm o privilégio de uma imunidade que tem sido repetidamente confirmada.² Essa imunidade, fundada no direito internacional, abrange até mesmo os crimes contra a humanidade.

2 Cf. D'ARGENT, Pierre. Les nouvelles règles en matière d'immunité selon la loi du 5 août 2003. *Annales de droit* 2004, pp.189-205.

Uma vez que qualquer intervenção militar humanitária é proibida, exceto no caso de agressão e com o consentimento do Conselho de Segurança da ONU, o direito internacional parece claramente não admitir o julgamento de crimes contra a humanidade enquanto os governantes ainda estão no poder. A noção de crime contra a humanidade, como aparece hoje no direito internacional, não remedia o problema dos obstáculos legais a uma intervenção contra o governo que viola direitos básicos da população.

Na verdade, se os argumentos apresentados para fundamentar a punição de crimes contra a humanidade enfatizam um efeito preventivo, então é um efeito de prevenção geral que supostamente resulta da punição do líder político criminoso após ele ter deixado o poder. Persecução efetiva e punição de líderes políticos supostamente previnem que outros líderes políticos pratiquem crimes contra a humanidade. Contudo, *primeiramente*, nenhuma evidência já foi fornecida de que líderes políticos que vêem os crimes contra a humanidade como o único meio disponível ou para alcançar objetivos políticos (que eles acreditam serem justos) ou para simplesmente permanecer no poder possam ser motivados a mudar seu pensamento sob a influência da punição de seus colegas estrangeiros, ao passo que alcançar objetivos com os quais eles estão profundamente comprometidos ou permanecer no poder são certamente motivos muito fortes. *Em segundo lugar*, se o objetivo da punição é prevenir, ela deveria ocorrer logo após o início da prática do crime, i.e, enquanto aquele que o pratica está ainda no poder, e não depois que ele eventualmente foi removido do poder.

(β) Uma vez que o criminoso perdeu o poder, o objetivo preventivo da punição pode ser a prevenção geral, sobre a qual eu tenho a dúvida já mencionada, ou a prevenção especial, que significa impedir o criminoso de voltar ao poder. Tradicionalmente, três opções estão disponíveis nos casos de líderes que cometem crimes contra as instituições do seu próprio Estado e são removidos do poder (v.g., casos de conspiração, alta traição, tirania etc). Cada

opção corresponde a um diagnóstico específico sobre o antigo líder. Um possível diagnóstico é que o líder é ainda uma ameaça imediata e aguda contra as instituições, porque ele dispõe de suficientes partidários, meios, armas etc para tentar voltar ao poder, com razoáveis chances de obter sucesso. Nesse caso, ele perderia sua capacidade de voltar ao poder se não estivesse mais presente no território do Estado. A solução clássica é, para essa situação, o banimento. Um segundo diagnóstico é que, mesmo no exílio, ele permaneceria um perigo para o Estado e ele é, na verdade, uma ameaça imediata ao Estado. A punição tradicional é, nesse caso, a morte. Um terceiro e último diagnóstico é que, após a sua retirada do poder, o líder não é mais um perigo real para as instituições do Estado. Ainda assim ele é condenado, a fim de garantir o corte da ligação entre ele e o povo, e evitar que ele interprete mal a vontade do Estado. Mas, geralmente, a condenação é curta, e o perdão é rapidamente concedido. Se necessário, pode-se adicionar a punição de inelegibilidade por um certo período. Vulgarmente se diz que, na maioria das vezes, em assuntos políticos, a sanção é ou a morte ou um período curto na prisão.

Deve ser observado que, no direito internacional positivo, nenhuma dessas três opções está disponível para um tribunal tal como aqueles competentes para a antiga Iugoslávia, Rwanda ou mesmo para a CCI. A pena de morte foi abolida por um número significativo de membros da ONU e da CCI, e, ao contrário do que acontece com a prescrição, não há exceções feitas para os crimes contra a humanidade que, quando graves, são punidos não mais do que como “meros” homicídios de primeiro grau. Depois dos processos de Nuremberg e Tokyo, não houve mais sentenças de morte por uma corte internacional criminal. Se tivesse havido alguma, a maioria das democracias ocidentais não poderiam cooperar, pois elas são proibidas de extraditar para uma corte que sentença à morte, mesmo em casos de crimes contra a humanidade. O *banimento* não é uma opção, porque a declaração dos direitos humanos da ONU e a

convenção de Helsink garantem o acesso de alguém a seu país em qualquer tempo. Se admitirmos que o líder criminoso é julgado pela jurisdição nacional ao invés de ser julgado por um tribunal internacional, a sanção provavelmente será cumprida fora do país, o que pode ser considerado uma espécie de banimento não codificado. Finalmente, a sanção para líderes que praticam crimes contra a humanidade não pode ser uma *sentença de curta duração*, tendo que ser uma sentença de prisão perpétua ou um longo período de tempo na prisão. Mas, de modo geral, pode-se observar três pontos: (1) a punição para os crimes contra a humanidade diverge radicalmente do tratamento tradicional dado aos crimes contra as instituições políticas, apesar do fato de que os crimes contra a humanidade pertençam a essa categoria. (2) As sentenças não excedem as sentenças mais severas já existentes para outros crimes, ao passo que somente estes prescrevem.

Antes de voltar a essas observações, considerarei primeiro as punições àqueles que executam os crimes contra a humanidade planejados por líderes políticos. Vamos distinguir novamente a situação durante e após a prática do crime. Parece óbvio que durante a prática do crime não é possível processar um número significativo de executores, ou mesmo qualquer número, se realmente há uma “política de Estado ou organizacional” na estrutura sob a qual eles estão agindo. Após a prática do crime, a medida mais importante de prevenção especial que tem que ser tomada é a dissolução de todas as organizações políticas criminosas que conceberam os crimes contra a humanidade. Porém, qual seria o propósito de punir os vários executores individuais? Como já mencionei, uma das características dos crimes contra a humanidade (assim como dos crimes de guerra) é que a ordem não pode ser uma desculpa e ao mesmo tempo a prática do crime não é considerada mais grave que a mera solicitação, ou seja, que líderes e executores são ambos responsáveis pelo crime contra a humanidade. Porém, isso é teoria, já que somente uma pequena parte dos executores é processada e

sentenciada, e eles são geralmente condenados a punições menos severas que as dos líderes. Além disso, a condenação dos executores é geralmente não tão severa e muitas vezes mais leniente que as dos crimes ordinários (como, por exemplo, o caso de homicídio múltiplo sob circunstâncias atenuantes: cinco anos de prisão. Julgamento de Drazen Erdemovic).³ Até mesmo o fato de ser membro voluntário em uma organização oficialmente classificada como criminosa pelo tribunal de Nuremberg, como a SS ou a Gestapo, não foi sistematicamente punido. Somente alguns casos graves particulares o foram. A sanção aplicada a alguns poucos executores não pode ser realmente eficiente nem do ponto de vista da prevenção especial (um número pequeno de indivíduos isolados não são capazes de reconstruir a organização criminosa a qual pertenciam) nem do ponto de vista da prevenção geral (se a probabilidade de ser sentenciado é extremamente baixa, o efeito de prevenção não ocorre significativamente). Uma solução muito mais eficiente, sob o ponto de vista da prevenção geral, seria a punição, em larga escala, dos executores, se isso fosse possível.

Se uma punição em larga escala impusesse uma resistência do criminoso que foi indiciado e condenado, de modo a ameaçar a existência e a estabilidade do Estado de Direito, e se o tipo de punição muito limitada e moderada que eu descrevo permitisse restaurar as instituições do Estado de Direito, todas as teorias da punição, sejam elas preventivas ou retributivistas, prefeririam a segunda opção. Entretanto, há uma diferença, no que diz respeito a essa solução, entre as teorias preventivas e retributivistas. Uma teoria retributivista da punição considera a atenuação da punição em larga escala como uma exceção ao direito, a fim de proteger a existência do próprio direito numa situação em que sua aplicação não é possível. Na sua *Doutrina do Direito*, Kant menciona a situação em que “o número de cúmplices (...) é tão grande que o Estado, a fim de não

3 Cf. GARAPON, Antoine. *Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner*. Paris: Editions Odile Jacob, 2002, pp.185-187.

ter tais criminosos em seu território, poderia achar-se sem sujeitos; e (...) o Estado ainda não quer se dissolver, isto é, passar ao estado de natureza, que é pior, porque não há nele nenhuma justiça externa.”⁴ Segundo o Kant retributivista, numa situação como essa, o Estado deveria aplicar punições mais lenientes, mesmo contra a lei, mas de acordo com um decreto de perdão. Para uma teoria preventiva, essas punições mais lenientes não são exceções ao direito penal, mas parte dele, porque ele tem como propósito único fazer valer o Estado de Direito tão rápido e sustentavelmente quanto possível. Já que não há perigo de o criminoso contra a humanidade voltar ao poder, o risco de que ele pratique novamente o crime é muito mais baixo do que nos casos de quase todos os crimes ordinários.

Eu voltarei, mais à frente, à teoria retributivista. A conclusão que devo extrair dos pontos acima pode parecer repugnante à primeira vista. Os crimes contra a humanidade, do modo como definidos por sua dimensão política e pelo abandono da hierarquia usual dos crimes, da culpa e das punições, levam a punições mais lenientes que os crimes ordinários individuais. Essa conclusão pode se tornar ainda mais repugnante se fizermos o exercício de pensamento que se segue. Mas antes de mencioná-lo, devo enfatizar que não tenho simpatia alguma pela pessoa que mencionarei, cuja política (especialmente sua política de extermínio em larga escala de vários grupos étnicos, políticos e religiosos) certamente mereceu a mais profunda rejeição e condenação moral e foi, felizmente, combatida e derrotada de forma bastante enérgica. Quero usar aqui as razões usadas pelo advogado de defesa francês Robert Badinter (que depois se tornou ministro da justiça, tendo abolido a pena de morte na França após ter lutado contra ela perante vários tribunais criminais). Badinter explicou que quanto mais antipatia um caso, isto é, um crime, provoca, melhor se faz uma argumentação de princípios.⁵ Imaginemos que alguém descobrisse, quarenta anos após

4 KANT, Immanuel. *Doctrine of Right*, VI,334, Mary Gregor 475

5 Cf. BADINTER, Robert. *L'Abolition*. Paris: Editions Fayard, 2000.

a Segunda Guerra Mundial, que Adolph Hitler não morreu em seu bunker em Berlin em abril de 1945, mas escapou e viveu, desde então, no anonimato em algum lugar no interior da Irlanda. Não vejo nenhum argumento de qualquer teoria da punição, exceto o argumento retributivista, que justifique processá-lo após quarenta anos, num tempo e contexto nos quais ele não pode mais ser uma ameaça às instituições. Por segurança, poderia-se, quando muito, impedi-lo de concorrer a cargos públicos e de se expressar livremente, v.g., proibi-lo de dar entrevistas. Chegar a essa repugnante conclusão, i.e., a necessidade da prescrição, que contradiz uma das características dos crimes contra a humanidade, não significa defender a ausência de punição, como aconteceu na comissão sul-africana para verdade e reconciliação, que pretendeu apenas estabelecer os fatos, não chegando a qualquer condenação. Na verdade, eu entendo que um período na prisão seria necessário para ressocializar pessoas que praticaram crimes muito graves durante o apartheid, porque elas provavelmente são aquelas com as convicções mais profundamente enraizadas. Minha conclusão é apenas que o prazo prescricional dos crimes contra a humanidade não deve ser ampliado, podendo até mesmo ser reduzido.

3) Os limites das nossas intuições morais

Como já mencionei brevemente, a rejeição dessa conclusão repugnante poderia se basear somente em uma teoria retributivista da punição. Uma tal teoria tipicamente se refere às quatro características dos crimes contra a humanidade que mencionei no começo: a monstruosidade de tais crimes, que supostamente fazem com que o criminoso mereça uma punição especial (que nunca se adequa ao crime). Eu vejo claramente a monstruosidade do extermínio programado e cruel de muitos milhões de seres humanos, bem como de crimes contra a humanidade de menor escala. Contudo, a monstruosidade não é e não pode ser uma categoria legal de crime. Um canibal que comeu sua vítima, com o consentimento dela, é, a meu ver, mais monstruoso que alguém que

mata para roubar um milhão de Euros. Porém, este será sentenciado a uma punição mais severa que aquele. A sentença de prisão perpétua é (por exemplo, na Alemanha) aplicada a determinados crimes tanto quanto a alguém que tortura e mata uma criança na presença da mãe, crime que a maioria de nós achará muito mais monstruoso. Há muitas ações, na vida, que são monstruosas sem contudo serem punidas criminalmente. Alguém pode cinicamente declarar, enquanto se alimenta em um restaurante sofisticado, que o que o faz aproveitar sua refeição é que muitos “inúteis” estão morrendo de fome em algum lugar da África. Ou alguém pode declarar à sua companheira que agoniza em um hospital que ele nunca a amou, que a traiu, e então sair sem dizer adeus. Ambas são condutas monstruosas, completamente legais e protegidas, dentre outras, pela liberdade de expressão. O fato de um homicídio, um estupro, um seqüestro, uma carnificina etc serem ou não monstruosos não é o critério para torná-los crimes contra a humanidade e nem mesmo constitui elemento do crime. O propósito do direito penal não é retribuir os males e perversões morais, mas proteger a sociedade, i.e., o direito dos cidadãos, já que esse é o propósito de todo o sistema jurídico. Isso significa que o direito penal é o meio de restaurar o Estado de Direito entre as pessoas, incluindo os criminosos, da maneira mais rápida e eficiente possível.

Se nós agora formularmos a objeção retributivista de uma maneira mais clássica, ela seria, no caso da conclusão repugnante, a seguinte: os crimes contra a humanidade merecem uma punição mais severa que um crime similar ou que a soma dos crimes similares em que não são cometidos “ataques difundidos e sistemáticos” (Estatuto da CCI, art. 7(1)), “em perseguição ou em favorecimento de um Estado ou política organizacional” (art. 7 (2)). Eu vejo várias dificuldades nessa visão como justificação da imprescritibilidade. *Primeiramente*, se compararmos o homicídio cometido dentro do quadro dos crimes contra a humanidade com um crime “ordinário”, provavelmente chegaremos à conclusão que o primeiro merece uma

pena mais severa. Contudo, deveria uma campanha contra esterilização forçada discriminatória ser punida mais severamente que um homicídio ordinário de primeiro grau? A resposta não é óbvia. *Em segundo lugar*, como poderia um crime contra a humanidade que consistisse em extermínio em larga escala ser punido de forma muito mais severa que um homicídio ordinário de primeiro grau? Se este já é punido com pena de prisão perpétua, eu vejo, como punição mais severa, apenas a pena de morte, ou então mais provavelmente tortura pública por um longo período. Contudo, um tratamento desse não constituiria, ele próprio, crime contra a humanidade? O direito internacional sobre os crimes contra a humanidade claramente não está caminhando na direção de punições tão extremas. *Em terceiro lugar*, o retributivismo não se enquadra à ausência de hierarquia no que diz respeito aos crimes e à culpa, prevista nos artigos 7 e 25 da CCI.

Alguém poderia argumentar, contra a consequência repugnante, que o direito penal não deve ferir o sentimento popular. Não processar Hitler feriria radicalmente tal sentimento, pelo menos tanto quanto não se punirem crimes contra a humanidade mais severamente que crimes ordinários similares feriria. Pode-se entender esse argumento de duas maneiras. Ou esse argumento diz que nenhum julgamento moral pode ser moralmente verdadeiro se contraria sentimentos populares, ou o argumento diz que uma conclusão tão repugnante levaria o povo a derrubar o sistema judiciário.

O sentimento comum não pode ser um critério para o julgamento moral ou para a punição, pois ele é inconsistente no que diz respeito a vários pontos. Ele mistura elementos de prevenção geral, especial e retribuição. Ele pode combater punições que parecem muito lenientes, mas aceitar que a vítima de um acidente de carro receba uma indenização muito maior que a vítima de estupro e danos físicos. Além disso, o sentimento comum claramente já fez julgamentos imorais. Por séculos, processos e sentenças contra

animais e bruxas, tortura como punição ou como método de investigação, a punição de uma família inteira pelo crime cometido por um de seus membros etc foram totalmente aceitos pelo sentimento moral. Hoje em dia, a morte por inanição de milhões de pessoas não é ainda percebida pelo sentimento comum como uma violação básica dos direitos humanos, embora textos do direito internacional como a Declaração dos Direitos Humanos da ONU (1948) corretamente reconheçam a sobrevivência como um direito humano. A maioria do povo, em vários países, ainda é a favor da pena de morte e aprova as contínuas restrições do *direito de asilo*. Considerando agora o risco de o povo *derrubar* as instituições judiciárias e também as instituições políticas, não há evidência alguma a favor dessa visão. As instituições sul-africanas não foram atacadas por não punirem os criminosos do apartheid e os protestos contra a impunidade de ditadores que cometeram crimes contra a humanidade nunca tiveram caráter subversivo.

Portanto, não vejo objeção moral válida contra a visão que formulei acima. A existência da noção de crime contra a humanidade como critério pragmático parece ser um primeiro passo necessário em direção à harmonização dos julgamentos criminais por estabelecer um padrão global e uma regra apropriada de prioridade. Embora essas razões pragmáticas pareçam justificar a existência de um certo tipo específico de crime, não acredito que os crimes contra a humanidade devem ser considerados somente como esse critério pragmático, mas também como crimes de um novo tipo que são radicalmente diferentes dos crimes ordinários individuais no que diz respeito à persecução, à punição e ao propósito da punição que eles requerem. Concordo com a visão de que crimes contra a humanidade não são meras violações ao Estado de Direito, mas ataques contra as próprias instituições políticas (característica 1). Também concordo com o abandono, pela noção de crime contra a humanidade, da hierarquia habitual do direito penal entre os crimes assim como entre as punições, precisamente porque crimes contra a

humanidade são crimes contra as próprias instituições e a punição deve ser dirigida a proteger as instituições, o que é diferente de proteger os cidadãos contra violações individuais de seus direitos. Mas eu também acredito que não há razões para os crimes contra a humanidade serem imprescritíveis, assim como não há razões para puni-los mais que os crimes similares (cometidos dentro do quadro dos crimes contra a humanidade). Eu até mesmo sugiro haver razões para puni-los menos. Isso não significa serem eles violações mais leves de direitos humanos que os crimes ordinários. Na verdade, eles constituem violações mais significativas que os crimes ordinários, e eles são freqüentemente mais monstruosos. Esse paradoxo que pode ser repugnante para muitas pessoas simplesmente expressa o fato de o direito penal não ter como função vingar nossa impotência passada de impedir crimes passados, mas prevenir crimes futuros e garantir, no futuro, na maior medida possível, os direitos da vítima e do criminoso. As vítimas de crimes contra a humanidade poderiam estar mais felizes se os governos que congratulam a si próprios por terem criado a CCI, que certamente considero a mais útil instituição de justiça global, também ampliassem o *direito de asilo* em vez de restringi-lo. A questão importante não é, portanto, se Milosevic será sentenciado à prisão perpétua ou a trinta anos de prisão, mas como a tortura pode ser extinta em todo o mundo.